

## 判例評釈

## 〔外国刑事判例研究〕

早稲田大学刑事法学会

## 着床前診断と胚保護法

BGH,Urteil vom 06.07. 2010—5 StR 386/09 (NStZ 2010, 579 ff.)

三重野雄太郎

## 【事実の概要】

婦人科医である被告人は、2005年12月に患者A、2006年4月に患者B、同年5月に患者Cについて、体外受精(extrakorporale Befruchtung)の後に胚盤胞生検と多能性の栄養細胞の検査による着床前診断(以下「PID」という)を行い、卵細胞をその由来する女性を妊娠させる以外の目的で受精させ、また、移植しなかった余剰胚を放置して死滅させたことで、不作為により、体外で生成されたヒト胚をその維持に役立たない目的で利用したとして、胚保護法1条1項2号及び同法2条1項違反の罪で訴追された。

被告人がPIDを行ったのは、どの患者も夫婦のいずれか一方について染色体転座が確認され、遺伝的異常を持つ胎児を妊娠し、流産などにつながるリスクがあったためであった。

3人の患者は、異常が確認されなかった胚のみを母胎に移植することを望み、被告人はこれに従って異常のない胚のみを移植した。移植されなかった胚は、それで降培養されることなく、死滅した。

なお、被告人は、1人目の患者に対するPIDを行う前に、PIDを行うことは胚保護法違反に当たるのではないかと考え、同法とその解釈を専攻している大学教員Dに意見を求めた。Dは、2005年8月25日付の回答で、被告人が行おうとしているPIDは胚保護法2条に違反しないとしたが、PIDの刑法上の可罰性についてはまだはっきりしていないので、被告人に自首を勧めた。法律の素人である被告人は、自身が行おうとしている行為は不可罰であると理解し、同年12月に患者AにPIDを行った後の2006年1月2日にベルリン検察庁に出頭した。同月22日、検察庁は、回避不可能な禁止の錯誤を理由に、被告人に対する捜査を中止した。被告人は、検察官の捜査中止の知らせをどう捉えればよく、また、今後も

PID を行ってよいか、D と弁護士 E にコメントを求めた。

同年 3 月に、D、E 両者とも、今後は処罰されるリスクなく PID を行ってよいと回答したので、被告人は、B と C についても PID を行った。同年 7 月、再度捜査が行われ、翌年 6 月、被告人は訴追された。

原審 (LG Berlin, Urteil vom 14. 05. 2009 (MedR2010, 36ff.)) は、胚保護法 1 条 1 項 2 号違反の点について、被告人は患者を妊娠させる意図で体外受精を行ったのであって、胚の検査は、それ自体が目的ではないこと、被告人は PID を行い、異常がない胚のみを移植することを前提としていたが、そのことで、体外受精によって生成された胚を移植する目的で体外受精を行ったという点が排除されるわけではないこと、立法草案からは、この規定はヒト胚研究や代理母への胚移植を防ぐためのものと考えられ、当時は、PID のような技術は可能ではなく、立法者がそれを禁止することを考えていたとは思われないこと、胚保護法 3 条第 2 文では、性別に関係した重大な遺伝病の発生のリスクがある場合の性選別が許されており、立法者は遺伝的疾患を理由とした受精卵の選別それ自体を禁止しようとしたわけではないことから、被告人の行為は同規定違反に当たらないとし、さらに、同法 2 条 1 項違反の点について、胚を死にゆくにまかせる行為は、被告人に保障人的地位がないこと、刑法 13 条 1 項の相応条項 (Entsprechensklausel (不作為が作為による法定構成要件の実現に相応すること—筆者註)) を満たさないことから構成要件に該当せず、また、検査についても、栄養胞生検に際して胚から細胞を採取するが、採取された細胞がなくても、胚の生存能力に影響しないこと、検査されるのが全能性のない細胞である以上、それは胚保護法 8 条 1 項にいう胚ではないので、胚の利用には当たらないことから構成要件該当性はないと判示し、さらに、刑法 218a 条 2 項では、出生前診断の結果、胎児の遺伝的欠陥が見つかった場合に人工妊娠中絶することは事実上許されている点や、「避妊リング」や「アフターピル」の使用が許容されている点を挙げ、胚保護法で PID が許されないという解釈は、明白な価値矛盾であるとした。以上のことから、原審は、被告人を無罪とした。なお、B・C に対する PID について、禁止の錯誤は回避不可能であるとした。これに対し、検察官が上告した。

### 【判旨】

連邦通常裁判所 (以下「BGH」という) は、大要以下のように述べて、被告人を無罪とした原判決を支持した。

#### (1) 胚保護法 1 条 1 項 2 号違反について

同規定違反の罪が成立する要件は、妊娠をもたらすことを目指さずに人工受精

を企行したことであるが、被告人は、当該患者から採取した卵細胞で彼女に妊娠をもたらす意図で行動した。検査は、妊娠をもたらす意図がなければならぬのであって、妊娠を目指して行われた全過程の通過点にすぎない。判例や学説では、中間的目的は構成要件に関連する意図の本質をなしうということが認められているが、どの中間的目的も構成要件を満たすことに説得力のあるものではない。陰性の所見は、移植の客観的要件であって、被告人は、陰性の所見が出て初めて妊娠をもたらすことを決意したわけでもない。

また、体外受精はもっぱら妊娠をもたらすことのみに向けられたものでなければならぬということは、同法の規定から導き出されない。

さらに、立法過程でPIDについて言及されているが、PIDを認めることが否定されているわけではないこと、一定の場合に性別の選択を認めた同法3条第2文からすると、立法者は、遺伝性疾患を患う可能性のある子供を持つリスクを負うことを両親に要求しているわけではないこと、遺伝子検査法15条1項で妊娠期間中の出生前遺伝子検査が明文で許容されていること、PIDについては、同法で言及されておらず、規制の対象から外されていることからすると、立法者がPIDを禁止しようとしていたとは考えられない。

以上より、被告人の行為は、胚保護法1条1項2号違反には当たらない。

## （2）胚保護法2条1項違反について

### （a）検査のための細胞採取について

被告人が行った細胞採取は胚の利用ではない。利用されたのは、採取された、多能性の栄養細胞である。

胚の濫用を禁止した同規定は、「ヒトの生命は、原則として他の目的の対象とされてはならない」ということを保障している。典型例として挙げられるのは、胚研究や診断を目的とした全能性細胞の分割である。本件の胚盤胞生検や多能性細胞の生検は、こうした分割に当たらない。

よって、当該行為は胚保護法2条1項違反に当たらない。

### （b）陽性の所見の出た胚を移植せず、結果として死滅させ、廃棄する行為について

被告人の行為は、保存処置の不作为と評価される。医師が胚に対して保障人的地位を担っているのか否か、そして刑法13条1項の相応条項が満たされるか否か

（1） 同法については、甲斐克則「ドイツの「人の遺伝子検査に関する法律」」年報医事法学25号（2010）197頁以下、山口和人「【ドイツ】遺伝子診断法の制定」外国の立法240-1号（2009）12頁以下、渡邊斉志「海外法律事情 ドイツ 遺伝子診断法」ジュリスト1387号（2009年）103頁参照。

は極めて疑わしいと思われ、未解決のままである。少なくとも、被告人は、患者の意思に反して患者の子宮に胚を移植するなど、胚保護法 4 条 1 項 2 号や刑法 223 条で可罰的とされていることを行うことはできず、それを被告人に要求することはできない。胚を無限に冷凍保存する義務は、胚保護法から導かれない。

以上より、当該行為も胚保護法 2 条 1 項違反に当たらない。

## 【研究】

### 1 はじめに

<sup>(2)</sup>PIDとは、体外受精により生成された受精卵が8細胞期に育った段階で、その細胞を採取し、受精卵を着床させる前に、染色体や遺伝子を検査して遺伝性疾患の発症の可能性を調べるものである。妊娠成立後になされる出生前診断と比べ、検査結果が意に沿わないものであった場合の人工妊娠中絶を回避でき、当該女性の身体的、精神的な負担を軽減できるという大きなメリットがあるが、その場合には、両親の判断に基づいて、当該受精卵は廃棄されることもある。

<sup>(3)</sup>ドイツでは、1991年に胚保護法<sup>(4)</sup>が制定されて以来、争いはあるものの、PIDは同法違反であるという見解が優勢的であった。しかし、2009年、ベルリン地方

(2) PIDの意義については、白井泰子「着床前診断によって惹起された新たな波紋」湯沢雍彦・宇都木伸編『人の法と医の倫理—唄孝一先生に賀寿と感謝の気持ちを込めて—』(2004・信山社) 523頁以下、菅沼信彦・盛永審一郎編『シリーズ生命倫理学 6 生殖医療』(2012・丸善出版) 109頁以下 [杉浦真弓執筆]、竹下直樹「着床前診断の理論と実際」森崇英編『卵子学』(2011・京都大学学術出版会) 917頁以下参照。

(3) PIDをめぐる従来のドイツの議論については、石川友佳子「着床前診断に関する一考察」齊藤豊治・青井秀雄編『セクシャリティと法』(2006・東北大学出版会) 141頁以下、佐藤亨「ドイツにおける着床前診断を巡る状況—胚保護法制定以後の動向について—」上智法学論集49巻1号(2005) 100頁以下、Susanne Schneider(金尚均訳)「着床前診断と出生前診断」龍谷大学「遺伝子工学と生命倫理と法」研究会編『遺伝子工学時代における生命倫理と法』(2003・日本評論社) 449頁以下、只木誠「着床前診断をめぐる諸問題—ドイツにおける理論状況—」同『刑事法学における現代的課題』(2009・中央大学出版部) 43頁以下(初出：法学新報111巻5・6号(2005) 1頁以下)、ドイツ連邦議会審議会答申(松田純監訳)『受精卵診断と生命政策の合意形成—現代医療の法と倫理(下)』(2006・知泉書館)、盛永審一郎「ドイツにおける着床前診断の倫理的視座」生命倫理11巻1号(2001) 135頁以下参照。

(4) 同法については、神里彩子・成澤光編『生殖補助医療—生命倫理と法・基本資料集 3—』(2008)167頁以下(吉田治代訳)、川口浩一・葛原力三「ドイツにおける胚子保護法の成立について」奈良法学会雑誌4巻2号(1991) 77頁以下、長島隆訳「ドイツ胚保護法」長島隆・盛永審一郎編『生命倫理コロキウム①生殖医学と生命倫理』(2001・太陽出版) 252頁以下、盛永審一郎「『ドイツ胚保護法』は情け知らずか」長島隆・盛永審一郎編『生命倫理コロキウム①生殖医学と生命倫理』(2001・太陽出版) 259頁以下参照。

裁判所はPIDを行ったことで同法違反の罪に問われた医師に無罪判決を下し、<sup>(5)</sup> 2010年、BGHも、前述のように、一定の場合にPIDは同法に違反しない、と判示してそれを支持した。この判決を契機として、ドイツでは立法化に向けた議論が進み、2011年7月7日に、胚保護法を改正し、PIDを原則として刑罰により禁止し、一定の要件が満たされた場合にのみ許容する法案が連邦議会で可決され、同年11月24日に公布、12月8日に施行された。<sup>(7)</sup>

## 2 従来の議論

ドイツ胚保護法では、8条1項において、胚とは、「受精し、成長能力を有する、核融合以降のヒトの卵細胞、及び、必要な諸前提が存在する場合に、分裂し、個体へと成育可能となる、胚から採取されたあらゆる全能性細胞」をいうと定義されており、1条1項2号で、卵細胞が由来する女性に妊娠をもたらすこと以外の目的（例えば、消費的胚研究や代理母）でのヒトの胚の作成が、2条1項で胚の維持に役立たない目的によるヒト胚の譲渡、獲得、利用が禁止され、また、6条1項では胚のクローン作成が禁止されている。

PIDがこうした規定に違反するものであるか否かについては、従来、以下のように、全能性細胞を用いる場合と、多能性細胞を用いる場合とを分けて考えられていた。<sup>(8)</sup>

(5) これについて言及したものとして、Vgl. Monika Frommel, Der Streit um die Auslegung des Embryonenschutzgesetzes in F. S. Winfried Hassemer (2010), S. 831ff. Tade M. Spranger, Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik MedR (2010), S. 36ff. Hans-Ludwig Günther, Offene Fragen des Embryonenschutzgesetz in F. S. Voker Krey (2010) S. 105ff.

(6) これについて言及したものとして、Vgl. Gunnar Duttge, Zwischen “Mensch” und “Sache” gibt es keinen Kompromiss (<http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/praeimplantationsdiagnostik-zwischen-mensch-und-sache-gibt-es-keinen-kompromiss/> (2012年3月23日閲覧)), Eva Schumann, Präimplantationsdiagnostik auf der Grundlage von Richterrecht? MedR (2010), S. 844ff. Susanne Kunz-Schmidt, Präimplantationsdiagnostik (PID)-der Stand des Gesetzgebungsverfahrens und der aktuellen Diskussion MedR (2010), S. 231ff. 渡辺富久子「短信 【ドイツ】受精卵の着床前診断に合法判決」外国の立法245-2号(2010)23頁、金成恩「代理懐胎問題の現状と解決の方向性(2)」立命館法学2011年3号(337号)(2011)297頁以下、戸田典子「海外法律情報ドイツ 着床前診断法成立 胚保護法改正へ」ジュリスト1428号(2011)47頁

(7) この新法の概略を示すものとして、戸田・前掲注(6)、拙稿「着床前診断関連法：ドイツ」年報医事法学27号(2012年刊行予定)、渡辺富久子「短信【ドイツ】着床前診断を規制するための胚保護法の改正」外国の立法249-2号(2011)27頁参照。

**(1) 全能性細胞を用いた PID**

成長して個体となる能力を有する全能性細胞を対象とした PID については、検査の対象となる全能性細胞は、胚保護法 8 条 1 項にいう胚に該当し、その細胞は診断後には母胎へ移植されず廃棄されるので、その維持に役立たない目的での利用に当たり、同法 2 条 1 項に違反するものである。また、胚から採取された全能性細胞は、元の胚と同じ遺伝形質を有するので、同法 6 条 1 項のクローン禁止にも抵触する。

上記の点については、争いはない。

**(2) 多能性細胞を用いた PID**

すでに全能性を失った細胞を対象とした PID については、そうした細胞は同法 8 条 1 項にいう胚に当たらず、胚保護法の保護の対象とはならないので、上述のような点は、同法 2 条 1 項や、6 条 1 項に該当しない。

しかし、こうした行為は不可罰であるとしても、診断の前段階の人工受精が同法 1 条 1 項 2 号の卵細胞が由来する女性に妊娠をもたらすこと以外の目的でのヒト胚の産出にあたるか否か争いがある。さらに、PID に際して細胞を採取すること、及び診断の結果、異常が見つかった胚を母胎に移植せず、放置することが 2 条 1 項の胚の維持に役立たない目的での胚の利用にあたるか否か争いがある。

**① 胚保護法 1 条 1 項 2 号違反について**

この点については、従来、可罰説と不可罰説とが対立していた。可罰説は、PID に際しては、受精は、第一に、着床前の胚の質を検査することを目的として行われるのであって、子宮への胚移植によって妊娠させようとする決定は、受

---

(8) こうした議論の詳細については、Vgl. Rainer Erlinger, *Strafrechtliche Würdigung der PID: Zum Stand in Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik* (2006), S. 68ff. Susanne Schneider, *Rechtliche Aspekte der Präimplantations- und Präfertilisationsdiagnostik* (2002), S. 50ff. Ulrich Schroth, *Stammzellforschung und Präimplantationsdiagnostik aus juristischer und ethischer Sicht in Handbuch des Medizinstrafrechts* 4. Auflage (2010), S. 543ff. Marion Weschka, *Präimplantationsdiagnostik, Stammzellforschung und therapeutisches Klonen: Status und Schutz des menschlichen Embryos vor den Herausforderungen der modernen Biomedizin* (2010), S. 35ff. Günther=Taupitz=Kaiser, *Embryonenschutzgesetz. Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Einführungen* (2008), §1Abs. 1Nr. 2Rn21, §2Rn16, 30, 36, 石川・前掲注(3) 175頁脚注 8、只木・前掲注(3) 『刑事法学における現代的課題』 66頁以下。なお、胚保護法 1 条 1 項 2 号や、2 条 1 項における「目的」については、Vgl. Friedrich-Christian Schroeder, *Neuartige Absichtsdelikte in F.S. Theodor Lenckner* (1998), S. 333ff.

精時ないしその前になされるのではなく、受精後に初めてなされると主張する。一方、不可罰説の論者は、胚の廃棄は、妊娠を引き起こすという、行為者が追及している目的に対する失敗にすぎない、極めて残念な副次的結果であること、妊娠をもたらす目的が医師の行為の唯一の目的でなければならないという解釈は同規定の文言とは一致しないこと、人工受精は、妊娠をもたらすことにのみ資することなどを根拠としている。

## ② 胚保護法2条1項違反について

### (a) 検査のための細胞採取について

細胞を採取することは、胚の維持に役立たない目的のための利用にあたり、胚保護法2条1項違反となるか問題となる。この点は、肯定説と否定説とが対立し、肯定説が優勢であった。肯定説によると、細胞の採取や検査は、胚の維持のためになくとも良いものなので、この規定に違反することになる。一方、否定説は、全能性のない細胞を使用したPIDについては、陰性の診断結果によって、母胎への胚移植が可能となるので、これを検査することは、胚に有利な行為であること、また、胚から細胞を採取すること自体は、後に成長する可能性を侵害するものではなく、中立的な行為であることを理由として挙げている。

(b) 陽性の所見の出た胚を移植せず、結果として死滅させ、廃棄する行為について

胚を移植しないという不作為が、胚の、その維持に役立たない目的のための利用にあたり、胚保護法2条1項違反となるか問題となる。

この点については、否定説が一般的である。根拠としては、胚のために生命を維持する措置をとらないという不作為は、不法内容においては作為による濫用的利用に当たらず、刑法13条1項の相応条項を満たさないこと、医師には胚の生命を保護する保障人的地位<sup>(9)</sup>がないことなどが挙げられる。

## 3 本判決の検討

### (1) 胚保護法1条1項2号違反について

判例や学説においては、一般に、行為者にとってその目的の達成が重要である限り、行為者の主要な、ないし最終的な目的に関係なく、行為者が狙った中間的目的は、構成要件に関連する意図の本質をなしうということが認められているが、BGHはこれを否定し、医師の利益を目指す意図や名声を得る意図が同規定の可罰性を根拠づけるのなら不合理であるとして、体外受精はもっぱら妊娠をも

(9) なお、保障人的地位は認めつつも、患者の意思に反してまで移植する義務はないとする見解もある。Schneider, a.a.O. (Anm. 8), S. 60.



たらずことに資するものでなければならないという掟は規範化されていないとした。この点は、本判決が従来の見解と異なっている、特徴的な点だと言えよう。

## (2) 胚保護法 2 条 1 項違反について

### (a) 検査のための細胞採取について

BGH は、従来優勢的であった肯定説を採らず、細胞採取は同規定に違反しないとした。ただ、従来否定説と違うのは、同規定の趣旨、立法者意思から否定という結論を導いた点である。

### (b) 陽性の所見の出た胚を移植せず、結果として死滅させ、廃棄する行為について

この点については、BGH は、従来の学説と同様の根拠で同様の結論を採ったと言えよう。専断的胚移植が同法 4 条 1 項 2 号で禁止され、違反した場合は罰せられること、同法 10 条で、医師は胚移植を行うこと、ないしそれに協力することを義務づけられないと規定されていることからすると、当然の結論であろう。

これについては、PID に限らず、人工受精による妊娠の場合の余剰胚一般について妥当すると考えられよう。

## (3) 本判決の射程

注意しなければならないのは、本判決が、全ての PID を胚保護法違反ではないとして、認容したわけではないということである。BGH は、本判決はあくまでも妊娠した女性にとっての重大なリスクを回避する目的で重大な遺伝上の疾患の検査を行う意思でなされる PID を判断対象としているということを判決文中ではっきりと述べている。また、BGH は、性選択の目的で胚を選別する意図については、同法 3 条第 2 文で定められた場合（デュシェンヌ型筋ジストロフィーまたはそれと同程度に重い伴性遺伝病の発病から子供を守ることに資する場合）を別として同法 3 条第 1 文（性選別のために選別された精子細胞によって卵細胞を受精させることの禁止）で明白に禁じられている点に言及し、また、特定の免疫を持つ胚を意図的に生成するための PID も認められないものとした。さらに BGH は、18 歳を過ぎて初めて現れる遺伝的特性を検査するための PID については判断を留保すると述べている。BGH がこうしたことに言及したのは、デザイナーベビーや救世主兄弟を目的とした PID を念頭に置いてのことであると考えられよう<sup>(10)</sup>。また、BGH は、本判決での胚保護法の解釈が遺伝上のメルクマールによる選択を無限に許容することにつながるものではないという旨、述べている。ドイツで

(10) 戸田・前掲注(6)



は、ナチスの優生思想への反省が背景となって、少しでも認めてしまったら歯止めが効かなくなってしまうとしてPIDを全面的に禁止しようとする見解も根強くある。BGHがあえてこの点に言及しているのは、こうした批判を念頭に置いてのことであると思われる。

なお、本件で問題となったのは、多能性細胞を用いたPIDであるが、全能性細胞を用いたPIDについては、BGHは言及しておらず、学説においては胚保護法で禁止されているということで一致が見られる。こうしたことからすると、当然ながら、全能性細胞を用いたPIDは、本判決の射程外ということになろう。

#### 4 おわりに

本判決は、長年論争のあった胚保護法の解釈について、初めて裁判所の見解を示したものである。また、本判決をきっかけとして、以前より立法の必要性が指摘されることがたびたびあったPIDについて、新たに法律が制定され、PIDを禁止すべきか、またどの範囲で禁止すべきか、という長年の論争に一応の決着がついたという意味でも意義のあるものであろう。